

# A questão do convencimento judicial

**Autor: Luiz Guilherme Marinoni**

Advogado, professor titular de Direito Processual Civil da UFPR

Publicado na Edição 17 - 25.04.2007

## 1. Busca da verdade e convicção de verdade

Não seria impossível, em uma primeira interpretação, pensar que, se não é possível encontrar a verdade, não há motivo para subordinar a coisa julgada material à possibilidade de plena participação dos interessados na formação do iudicium. Assim, é importante esclarecer a distinção entre busca da verdade e convicção de verdade. Quando se afirma que a prova não pode traduzir a verdade, alude-se a uma idéia que há muito tempo está presente na filosofia. O que se quer dizer, mais precisamente, é que a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado. Apesar disso ser absolutamente óbvio em outros setores do conhecimento, o direito não consegue se livrar do peso da idéia de que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar “iluminado pela verdade”.

A influência desse dogma sobre o direito processual civil acaba gerando problemas para a compreensão da própria coisa julgada material. É costume dizer, por exemplo, que a coisa julgada material encontra respaldo no encontro da verdade. Ou ainda: que a coisa julgada material deve ser a expressão da verdade dos fatos. Acontece que a coisa julgada material não tem – nem pode ter – fundamento no encontro da verdade, uma vez que essa é inatingível pelo processo.

A coisa julgada material tem a ver com a necessidade da definição dos casos conflitivos. Como é lógico, uma decisão definitiva somente é legítima quando resulta de um processo que confere às partes a devida oportunidade de participação. É essa participação que legitima a coisa julgada material, e não o encontro da verdade dos fatos.

Tal explicação dá base à proibição de se rediscutir os fatos já definidos, ainda que a partir de outras provas.<sup>(1)</sup> Ora, se essa proibição inexistisse, o julgamento do mérito não colocaria fim ao conflito de interesses, pois uma outra prova sempre seria capaz de abrir oportunidade para a sua rediscussão.

É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se

nega a possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim.”(2) Lembre-se que Calamandrei, após afirmar que “a natureza humana não é capaz de alcançar verdades absolutas”, salientou que “é um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível dessa meta inalcançável”.(3)

Ou seja, a verossimilhança, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode se colocar no mesmo plano da convicção de verdade. Ao lado dessa última categoria deve ser colocada a convicção de verossimilhança, pois não há como aceitar a antítese “convicção-verossimilhança”,(4) como se fosse possível pensar que a convicção somente pode ser qualificada pela verdade. Ora, como é óbvio, pode haver convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhanças.

A convicção da verdade é relacionada com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade e, especialmente, com a correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. Ou seja, o juiz chega à convicção da verdade a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto. Dessa tomada de consciência, para a conclusão de que o processo, apesar de tudo isso, não pode impedir a eliminação dos conflitos, é um passo.

Em resumo: o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que a sua essência é impenetrável.

## 2. Convicção de verdade e participação do juiz

Não há dúvida de que o juiz, para formar a sua convicção, pode determinar prova de ofício. Isso, porém, não significa que a participação de ofício do juiz se dirija à busca da verdade. O objetivo da produção da prova de ofício é o de possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da sua convicção sobre o mérito.

Não é preciso dizer que essa forma de atuação do juiz, ainda que bem-vinda, não pode ser vista como um remédio milagroso, até porque a prova de ofício apenas pode ser determinada em casos muito específicos, isto é, basicamente em relação às provas periciais, pois é quase impossível ao juiz conhecer a existência de documentos ou testemunhas que possam servir para esclarecer os fatos.

Diante dessa participação, confere-se ao juiz o poder de influir diretamente sobre o resultado da decisão. Esse poder, contudo, é absolutamente natural, pois antes de atuar sobre a decisão, é fundamental

para a devida formação do seu convencimento, o qual é imprescindível para a definição do litígio.

De modo que a prova de ofício não se destina à descoberta da verdade, mas apenas a suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para o julgamento do mérito.

Lembre-se, ainda, que a prova de ofício, além de ter que ser adequadamente justificada pelo juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre o seu resultado. Portanto, a possibilidade da participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados).

Isso quer dizer que a oportunização à participação das partes continua a ser a fonte de legitimação do processo. Não só porque são as partes que influem sobre a formação e o resultado da prova, mas, especialmente, porque a prova de ofício, além de ter os mesmos limites de qualquer outro meio de prova, jamais poderá suprir a participação das partes em relação ao próprio requerimento de produção da prova, já que essas – e não o juiz – têm as melhores condições de saber quais as provas devem ser produzidas.

A participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que, em alguns casos, o juiz possa atuar de ofício. Ou melhor, a consciência de que a atuação do juiz, em tais casos, é supletiva, evidencia que a oportunidade de participação é fundamental à legitimação do processo.

### 3. Limitações da prova pelo processo

A cognição sumária admite que uma decisão seja proferida com base em parcela das provas que podem ser produzidas pelas partes. Ou ainda: a cognição sumária é uma técnica que limita a participação das partes e, ainda assim, viabiliza a decisão do juiz.

Essa limitação da participação das partes, que na verdade mais se aproxima a uma limitação da possibilidade de produzir prova, é característica à tutela cautelar e à tutela antecipatória. Nessas duas hipóteses, o legislador processual estabelece a limitação da produção de prova, mandando o juiz se contentar com uma convicção de probabilidade ou verossimilhança.

Nessa linha, o Código de Processo Civil afirma que o autor da ação cautelar deve fazer a “exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão” (art. 801, IV); que o juiz deve se “convencer da verossimilhança

da alegação” (art. 273, caput); e, ainda por exemplo, que, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu”(art. 461, § 3º).

São exemplos que limitam a possibilidade da produção de prova e, por isso, permitem que o juiz decida com base em uma convicção de verossimilhança ou probabilidade. Perceba-se que não há razão e viabilidade lógica na distinção entre verossimilhança, probabilidade ou qualquer outro termo que queira indicar os seus conteúdos, uma vez que não há como se quantificar o grau de probabilidade de uma prova e, muito menos, o grau de convicção judicial. Ou melhor, é um grande equívoco filosófico supor que a probabilidade pode variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória.(5) O que poderia variar, e isso evidentemente não poderia interferir no grau de probabilidade, seria a prova a ser utilizada em cada uma das hipóteses. Porém, como os referidos artigos não limitam a prova a uma determinada espécie, nem mesmo nisso se pode pensar.

Ademais, quando se pensa em verossimilhança ou probabilidade, nesses casos, não se está olhando para a busca da verdade ou para a sua essência em termos filosóficos, mas para a convicção que o juiz pode formar diante da limitação da produção de provas. É que, diante da filosofia, a verdade sempre se resolve em verossimilhança, quando então a verdade sequer poderia ser oposta à verossimilhança.

Trata-se, portanto, de expressas autorizações para o juiz decidir com base em uma convicção de probabilidade ou verossimilhança. Essa espécie de convicção pode ser oposta à convicção de verdade, própria ao juízo final, momento em que as provas suficientes já devem ter sido produzidas.

Diante disso, alguém poderia imaginar que o juiz apenas pode decidir com convicção de verossimilhança no curso do processo, ou quando a participação das partes tiver sido postecipada, mas não é bem assim. Como ficará claro nos próximos itens, o juiz, ainda que deva, no comum dos casos, finalizar o processo com uma convicção de verdade, pode, excepcionalmente, sentenciar com base em convicção de verossimilhança.

GERHARD WALTER, em sua obra fundamental sobre a livre apreciação da prova, fala em redução do módulo da prova para significar o que acontece quando o juiz decide no curso do processo e o que ocorre quando o juiz, em razão de determinadas circunstâncias, obriga-se a julgar o mérito, ao final do processo, com base em uma convicção de verossimilhança.(6) Sem querer retirar o brilho do magnífico trabalho do processualista alemão, não há como se deixar de ver a grande distinção entre as duas situações.

Na primeira, a lei processual autoriza a convicção de verossimilhança, enquanto, na segunda, o juiz pode, ainda que sem autorização legal, excepcionalmente decidir com base em uma convicção de verossimilhança. Na tutela antecipatória a convicção de verossimilhança é efeito da autorização da lei processual, ao passo que, na sentença, a redução do módulo da prova é o fruto da impossibilidade de o juiz chegar, diante do caso concreto, a um juízo de verdade, e de o direito material recomendá-la.

Em suma, em um caso a lei reduz a prova e, no outro, a lei não faz redução alguma, embora se entenda que o juiz possa, justificadamente, reduzir o módulo da prova.

#### 4. A tese sueca sobre o convencimento judicial

Como é sabido, a regra do ônus da prova faz pesar sobre o autor o ônus de demonstrar o fato constitutivo, e sobre o réu, o ônus de demonstrar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo (art. 333 do CPC). A idéia posta nessa regra não é bem vista por muitos, que dizem que não há racionalidade em julgar contra o autor que demonstrou o que alegou com certo grau de probabilidade, mas não conseguiu convencer o juiz.(7)

A teoria que se estabeleceu na Escandinávia e foi desenvolvida mais intensamente na Suécia, especialmente em razão da obra de Per Olof EKELÖF,(8) tem uma vinculação muito íntima com essa problemática. Essa teoria propõe uma restrição da importância da regra do ônus da prova, sintetizando, em suma, a idéia de que ao juiz bastaria uma convicção de verossimilhança.(9)

Em certos casos, o juiz deveria chegar à verossimilhança prevista na lei, enquanto, em outros, ele mesmo poderia determinar o grau de verossimilhança necessário, considerando as circunstâncias do caso concreto. Ou seja, a falta de previsão legal não retiraria do juiz a possibilidade de julgar com base em verossimilhança, quando então o julgamento deveria considerar as conseqüências que derivariam da exigência de um grau de verossimilhança muito alto e, portanto, de um julgamento fundado na regra do ônus da prova.(10)

Nessa dimensão o raciocínio judicial deve observar duas fases: na primeira, o juiz estabelece o grau de prova suficiente e, na segunda, atribui determinado grau às provas produzidas.(11) Somente quando a prova não alcançar o grau preestabelecido é que o juiz lançará mão da regra do ônus da prova.

PATTI, baseado nos escritos de EKELÖF, lembra, através de exemplo, que se uma regra requer, em relação a determinada situação, um grau de verossimilhança de 75%, a prova não pode ser considerada satisfatória se alcançar 70%. Mas, se chegar a 75% ou mais, deve ser considerada

suficiente, quando se elimina, ao menos em face disso, qualquer problema de “convencimento judicial”.(12)

##### 5. A acentuação da função da verossimilhança. Överviktsprincip, Überwiegensprinzip e verossimilhança preponderante

Não satisfeita com a idéia de que o julgamento fundado em verossimilhança apenas seria possível nas hipóteses em que a lei ou o juiz, considerando as especificidades de determinada situação de direito material, determinassem um grau de probabilidade suficiente, a doutrina sueca foi mais adiante para concluir que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um mínimo de preponderância da prova, vale dizer, um grau de 51%.

Melhor explicando: se a posição de uma das partes é mais verossímil que a da outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nessa lógica, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria – segundo a doutrina escandinava – um julgamento mais racional e melhor motivado que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada.(13)

Nesse sentido, a doutrina fala em verossimilhança preponderante – na Suécia em Överviktsprincip e na Alemanha em Überwiegensprinzip – para significar a suficiência de um grau de probabilidade mínimo.(14) Aí, como é fácil perceber, a idéia de ônus da prova acaba assumindo importância não como mecanismo de distribuição desse ônus e, muito menos, como regra de juízo, mas como uma espécie de régua que indicaria a parte que deveria obter êxito.

O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim o ônus de produzir prova não pesaria sobre nenhuma das partes. A parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um mínimo de prova, mereceria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da “verossimilhança preponderante”.(15)

Essa tese – que obviamente não é imune a críticas – ao menos serve para chamar a atenção para o seguinte problema: é certo pensar que a verossimilhança preponderante é um estado de dúvida, que assim impede a formação da convicção judicial e deve conduzir à rejeição do pedido, ou esse grau de probabilidade, ainda que mínimo, significa que, na realidade, o juiz superou a dúvida para concluir que o autor tem razão?

##### 6. A tese de GERHARD WALTER

WALTER – processualista alemão que muito contribuiu para o estudo da convicção judicial – refere três métodos de constatação dos fatos: o

modelo da convicção da verdade, o modelo de controle por terceiros e o modelo da verossimilhança, cuja variante mais importante seria o modelo da preponderância.(16)

A particularidade da sua tese, em relação às teses antes expostas – da verossimilhança e da preponderância (ou verossimilhança preponderante) –, reside no fato de que pergunta se existiria um princípio unitário, válido para todos os casos e procedimentos, segundo o qual deveria ser feita a constatação dos fatos. Indaga, em outros termos, se aquilo que chama de “módulo da prova” poderia variar conforme a situação concreta.(17)

Comparando a convicção judicial no processo penal e no processo civil, afirma WALTER que, se a presunção de inocência que emana do princípio do Estado de Direito não deve ser desvirtuada apenas por ser muito verossímil a culpabilidade do acusado, o princípio do Estado Social seria invalidado se, para a prova de um acidente de trabalho ou do direito a uma pensão, fosse exigido o mesmo grau de certeza que no processo penal. Nessa linha, conclui que, quando se determina o “módulo da prova”, não há como deixar de levar em conta a matéria subjacente ao direito processual, sob pena de os fins do próprio direito material serem desvirtuados, ou ainda de se entrar em choque com outros importantes princípios do direito.(18) Argumenta que, para se pensar na adequação e na legitimidade do módulo da prova, não basta considerar os princípios jurídicos, ainda que os mais elevados, mas é também necessário analisar os propósitos que o legislador teve em relação a uma matéria concreta, seja quando a lei os mencione expressamente como fins, seja quando possam ser inferidos a partir das razões da lei ou do procedimento; o módulo da prova dos procedimentos diferenciados tem que responder a esses fatores e, assim, ser variável.(19)

Afirma, então, que não há como se pensar na aplicação de um modelo unitário, chamado “verdade”, para todas as situações concretas. Não obstante – e aqui fica nítido o seu distanciamento em relação à tese da verossimilhança preponderante –, conclui, a partir da premissa de que o legislador alemão estabeleceu a necessidade de o juiz se convencer da verdade, que é inadmissível se pensar em reduzir, para todas as situações concretas, o módulo de prova.(20) Ou seja, o seu entendimento é de que nem o modelo da convicção de verdade, nem o modelo da verossimilhança preponderante (ou ainda o modelo de controle por terceiros) poderiam ser aplicados a todos os casos.

A encruzilhada, posta no meio do desenvolvimento do seu raciocínio, impôs a análise acerca de quando o método da convicção da verdade pode ser dispensado em favor do método da verossimilhança. É quando demonstra a necessidade de um agrupamento dos casos que exigiriam a redução do módulo da prova.

Como exemplos de grupo de casos, ressalta enfermidades profissionais; acidentes de trabalho; lesões pré-natais; casos de refugiados e de vítimas do nazismo; casos de seguros; trabalho perigoso; proteção do trabalhador contra a despedida; recusa ao serviço militar por razões de consciência; responsabilidade objetiva; infrações a determinados deveres.(21) Adverte que esses casos não são taxativos. O seu objetivo é unicamente deixar claro o sistema subjacente. Os casos devem formar um campo que, diante de sua natureza, tem dificuldade de ser esclarecido. Ademais, o direito material deve deixar entrever que essas dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima.(22)

WALTER, ao lembrar que os tribunais alemães reduzem o módulo de prova nas decisões em que a apuração dos fatos resulta em especiais dificuldades e ao apontar para as indenizações pagas às vítimas do regime nacional socialista e aos refugiados e, ainda, nos casos em que, por razões de consciência, a pessoa se nega a prestar o serviço militar, afirma que diante da diversidade dos casos que se deve solucionar e dos fatos que se deve esclarecer, e sobretudo levando-se em consideração as consequências que as decisões acarretam, não há sentido em insistir em um módulo da prova unitário.(23)

## 7. Objeções à tese da verossimilhança preponderante

Não há como negar que o juiz não pode apreender a essência da verdade e que a prova não pode ser pensada como meio capaz de reconstruir os fatos da causa. Isso não significa, entretanto, conforme já dito, que o juiz não deva procurar se convencer a respeito da verdade.

Ou melhor, não é porque a verdade do processo é construída através da participação das partes e do próprio juiz e, nesse sentido, não pode ser confundida com a “verdade” dos fatos – que é inatingível – que o juiz pode definir o conflito de interesses com base na tese da verossimilhança preponderante, como pretendia a doutrina sueca e parte da doutrina alemã. O juiz, ainda que não possa buscar, na perspectiva gnoseológica, a verdade dos fatos – até porque essa não pode sequer ser a sua intenção –, evidentemente não pode abrir mão da necessidade de se convencer para julgar o mérito.

Aliás, mesmo aqueles que desejam que o juiz dê ganho de causa à parte cujo direito é mais verossímil, encontram um obstáculo insuperável na sustentação dessa teoria. É que não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, o que impediria a devida justificação da “verossimilhança preponderante”. É preciso que exista algo externo à prova para justificar a redução da sua exigência.

De qualquer forma, não há como negar a obviedade de que o juiz, para julgar adequadamente, deve buscar se convencer da verdade.(24) Ora,



supor que o juiz, em regra, deve proferir a sentença com base na verossimilhança que preponderar, é simplesmente imaginar que o juiz não precisa se convencer para julgar.

Não há dúvida de que a dificuldade de prova e a natureza do direito material podem justificar a redução das exigências de prova no caso concreto, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança. Mas isso somente pode ser admissível em casos excepcionais, e não como regra.

A verossimilhança somente pode ser vista como regra no chamado juízo sumário, ou melhor, quando o juiz deve decidir antes de dar às partes a devida oportunidade de participação. É certo que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Mas isso não é decorrência da dificuldade de prova ou da natureza do direito material discutido, mas sim uma limitação natural derivada da postecipação do contraditório, isto é, de uma limitação à participação imposta pela própria lei processual.

#### 8. O convencimento judicial e a regra do ônus da prova

Como visto no último item, em casos excepcionais o juiz pode julgar, fundado na dificuldade da prova e nas particularidades do direito material, com base em verossimilhança.

Mas, por enquanto, é oportuno tratar da questão relativa ao julgamento com base na regra do ônus da prova ou, mais precisamente, da situação em que o juiz, por não ter se convencido de que o autor provou o fato constitutivo, proferiu a sentença afirmando que a regra do ônus da prova não foi observada.

É claro que o juiz, quando não convencido pela prova das partes, pode determinar prova de ofício. Acontece que essa possibilidade não é suficiente para permitir elucidar todos os casos concretos, especialmente porque, na maioria das vezes, não há outras provas a produzir ou o juiz desconhece os meios de prova que efetivamente podem auxiliar. Portanto, a tão decantada tese de que o juiz deve determinar prova de ofício deve ser vista como uma idéia simplista e ingênua caso tenha a pretensão de se constituir em uma alternativa ao julgamento baseado na regra do ônus da prova.

Em alguns casos, o juiz pode estar em estado de dúvida no momento de sentenciar. Nessas hipóteses, se a dificuldade da prova e as características do direito material em litígio não justificarem a chamada "redução do módulo da prova" ou a inversão do ônus da prova, não resta outra saída ao juiz senão julgar improcedente o pedido com base na regra do ônus da prova.

Portanto, além de ser falsa a suposição de que o juiz sempre julga depois de “ter descoberto a verdade”, é impossível afirmar que o juiz pode deixar de julgar por não estar convencido. No máximo, o que alguém poderia dizer é que a sentença, quando lastreada em dúvida, não produz coisa julgada material, quando se teria uma espécie de coisa julgada secundum eventum probationis. Porém, a aceitação dessa tese eliminaria a própria razão de ser da coisa julgada material, que é, como se sabe há muito, a de impedir a eternização dos conflitos. Dizer que uma sentença, que trata do litígio, não se reveste da autoridade da coisa julgada material, é simplesmente afirmar que ela não tem valor algum. Ou, mais precisamente, retirar a coisa julgada da sentença é o mesmo que concluir que o juiz está autorizado a não julgar. (25)

SALAVERRÍA, em excelente obra sobre a motivação das sentenças, lembra que, se é possível esperar até o final dos tempos a solução definitiva do debate a respeito do local em que nasceu Colombo, um conflito obviamente não pode ser colocado no congelador até que surja uma informação capaz de permitir a sua solução à distância de qualquer dúvida. Conforme explica, os assuntos submetidos ao juiz – como a maioria dos concernentes à vida prática – devem ser resolvidos imperiosamente em um prazo de tempo; “con pruebas si las hay bastantes o, si no, resignadamente con presunciones”. (26)

Não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes.

É certo que o juiz deve buscar se convencer da verdade. Mas essa convicção se faz com base na argumentação ou nas provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que gera uma verdade construída no processo. O que legitima a decisão jurisdicional ou a coisa julgada é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, as próprias regras que criam as balizas para a construção da verdade processual.

Não se confunda tudo isso com a possibilidade de a parte propor ação rescisória quando, após a sentença, obtiver documento novo, “cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, VII, CPC). Essa hipótese, como é evidente, não abre ensejo para a simples rediscussão do litígio, uma vez que admite a rescisão da sentença que produziu coisa julgada material, e isso quando a parte puder apresentar documento cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, e capaz, por si só, de lhe assegurar resultado favorável.

Embora o art. 485, VII, do CPC fale em documento, cuja existência a parte ignorava ou de que não pôde fazer uso, é correto interpretar documento como abrangente de qualquer meio técnico não existente à época em que o conflito foi discutido e assim compreender o caso excepcional e exemplar da investigação de paternidade. Com efeito, não há como deixar de observar que, quando se pensa em documento novo, supõe-se documento existente à época da ação, mas que não pôde ser utilizado, e que esse raciocínio não pode ser empregado diante do DNA, pois esse não constitui documento ou algo que existia na época da ação. O exame de DNA é um meio técnico novo para se pôr em evidência um fato que foi afirmado na ação, ou uma prova pericial que não pôde ser realizada para demonstrar o fato afirmado, por consistente em técnica que ainda não podia ser utilizada.(27)

Frise-se que a possibilidade de ação rescisória com base em documento novo nada tem a ver com a suposição de que a coisa julgada é legitimada pela verdade. A coisa julgada encontra legitimação, como já foi dito, na adequada participação das partes e do juiz e, assim, nas próprias regras que tornam legítima a construção da verdade processual. Quando se entende que a participação, diante da não-possibilidade do uso de um documento ou meio técnico, foi prejudicada, confere-se à parte a possibilidade de propor ação rescisória. É pouco mais que evidente que tal possibilidade não se fundamenta na idéia de que a verdade ainda não foi encontrada, até porque a ação rescisória pode ser julgada improcedente. A ação rescisória com base em documento novo, que é limitada no tempo – como qualquer outra rescisória – em razão da necessidade da estabilização dos conflitos, relaciona-se com a necessidade de adequada participação das partes no processo.

9. Os direitos difusos e coletivos e as hipóteses em que a lei afirma que a sentença de improcedência por insuficiência de provas não gera coisa julgada material

É interessante abordar as hipóteses em que a lei, tratando de direitos difusos e coletivos, afirma que a sentença de improcedência por insuficiência de provas não gera coisa julgada material.

Segundo o art. 1º da Lei da Ação Popular, “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades

subvencionadas pelos cofres públicos”. Considerando que a ação popular diz respeito a direitos difusos e que uma sentença de improcedência, fruto da participação de um só cidadão, poderia prejudicar a todos e até mesmo resultar de uma deficiente – e quem sabe proposital deficiente – instrução do processo com provas, concluiu o art. 18 dessa mesma lei: “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que também trata de direitos difusos e coletivos (art. 1º), o art. 16 possui a mesma inspiração: “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

O Código de Defesa do Consumidor, também ao tratar dos direitos difusos e coletivos, praticamente repete a idéia no art. 103, I e II: “Nas ações coletivas, de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81”.

Todos esses dispositivos têm o mesmo desejo: possibilitar a discussão do litígio que, em princípio, seria solucionado contrariamente aos direitos difusos e coletivos em razão de insuficiência de provas. Essa “insuficiência de provas” seria o sinal de que a parte que foi a juízo para defender os direitos difusos e coletivos poderia ter atuado de modo deficiente ou, o que é pior, de maneira intencionalmente precária.

Isso evidencia, em primeiro lugar, que a sentença de improcedência por insuficiência de provas nada tem a ver com a sentença própria ao mandado de segurança, em que o juiz apenas julga o mérito quando tem prova documental. No caso de direitos difusos e coletivos não há restrição ao julgamento do mérito pelo motivo de não existir prova documental, mas sim limitação à coisa julgada por ter a sentença de improcedência baseado-se em provas insuficientes.

Quando não há prova documental no mandado de segurança, o juiz não julga o mérito, mas apenas afirma que a via do mandado de segurança não é adequada. Mas, nas ações relativas a direitos difusos e coletivos, a insuficiência de provas obriga o juiz a proferir uma sentença de improcedência.

A razão dessa diferença é simples: no mandado de segurança, a inexistência de prova documental faz ver que a via processual é inadequada, enquanto, nas demandas coletivas, a insuficiência de provas tem apenas relação com a possibilidade de instrução deficiente da ação adequada. Ou melhor, no primeiro caso, não há a espécie probatória exigida, o que impede o julgamento do mérito – seja favorável ou desfavorável ao autor –, e, no segundo, a insuficiência de provas gera o julgamento de improcedência.

Assim, a real diferença entre as hipóteses está em que, no mandado de segurança, não existe cognição exauriente quando não há prova documental (cognição exauriente secundum eventum probationis), ao passo que, nas demandas coletivas, a sentença é proferida – e, assim, a cognição é exauriente –, existindo somente uma limitação à formação da coisa julgada material. Lembre-se de que o juiz pode produzir prova de ofício, especialmente nas demandas coletivas, dada a relevância do direito material em litígio e o fato de apenas um dos legitimados à sua defesa estar em juízo. Assim, a insuficiência de provas somente pode ser o resultado de um processo em que se deu às partes e ao juiz a devida oportunidade de participação. O fato de o juiz, após tudo isso, não ter formado a sua convicção a respeito da verdade deve viabilizar um julgamento de procedência – com base na redução das exigências de prova – ou um julgamento de improcedência – com base na regra do ônus da prova.

Para se admitir que o julgamento com base em insuficiência de provas é um julgamento fundado em cognição exauriente secundum eventum probationis, teríamos que concluir que o juiz, no caso de insuficiência de provas, não deve julgar, o que é absolutamente contrário aos fundamentos do direito processual civil e à própria letra das normas antes referidas, que falam em improcedência.

Ou, ainda, admitir que a sentença de improcedência somente abre oportunidade para ação baseada em “nova prova” quando afirmar expressamente a insuficiência de provas. Perceba-se, porém, que então não haveria razão para distinguir a sentença baseada em insuficiência de provas e o não-julgamento, pois a improcedência, atrelada pelo juiz à sentença, seria um qualificativo sem valor algum. O juiz estaria dizendo que proferiu sentença de improcedência para esconder que não julgou por não ter provas.

Acontece que o juiz pode estar convencido, diante das provas produzidas, que o autor não tem razão, e assim entendê-las como suficientes. Nesse caso, se outro legitimado possuir “nova prova”, estará proibido de propor nova ação? Como é evidente, tal proibição estaria negando as próprias razões das exceções legais – previstas nos artigos antes referidos – à coisa julgada material. Recorde-se – apenas para evitar mal-entendidos – que,

se o juiz souber que existe uma prova que não foi utilizada pela parte, deve determinar a sua produção de ofício, o que obriga à distinção entre a impossibilidade de o juiz prever uma “nova prova” e a possibilidade de ele determinar a produção de ofício de prova – que ele obviamente conhece – não utilizada pela parte.

Se é possível pretender rediscutir a demanda coletiva com base em “nova prova”, para se evitar que um direito difuso ou coletivo seja prejudicado pela atuação deficiente ou maliciosa de um legitimado, não há qualquer motivo para entender que “nova prova” é somente aquela que não existia, que era desconhecida ou que não pôde ser utilizada pelo autor da demanda anterior. Considerada a própria razão de ser da limitação à coisa julgada, não há como deixar de concluir que toda e qualquer prova não produzida e valorada no processo encerrado pode ser qualificada como “nova prova”.

Mas, se é assim, cabe esclarecer que essa “nova prova” deve ser indicada na petição inicial da nova demanda coletiva, dando-se ao juiz, com isso, apenas a possibilidade de saber se tal prova não foi valorada anteriormente. É lógico que, ao lado dessa “nova prova”, o juiz deverá considerar as provas que já foram valoradas, pois não se nega a possibilidade do aproveitamento da prova já produzida, mas apenas a necessidade de que, ao lado dessas, seja indicada e produzida uma “nova prova”.(28)

Como se vê, toda sentença que se baseia em fato que deixou de ser devidamente provado para conduzir à procedência da demanda coletiva pode ser revista em ação posterior fundada em “nova prova”. Por isso não produz coisa julgada material e, assim, ainda que não proposta nova ação, não merece a mesma credibilidade da sentença por ela acobertada. Isso quer dizer, basicamente, que, ainda que não seja proposta ação fundada em “nova prova”, a sentença de improcedência, nessas circunstâncias – ainda que nada tenha dito sobre a insuficiência de provas –, pode ser discutida por qualquer legitimado, logicamente com base em “nova prova”, em qualquer outra ação em que o réu na demanda coletiva pretenda utilizá-la.

## Notas

1. Lembre-se que, segundo o art. 485, VII, do CPC, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida, quando, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Além do documento em tais condições, parece-nos que se pode rescindir a sentença com base em meio técnico posto à luz somente após o seu trânsito em julgado e capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável (hipótese da investigação de paternidade). Isso não significa, como é pouco mais do que óbvio, que a coisa julgada se assenta na

verdade dos fatos, mas sim que ela, em determinadas hipóteses, pode ser rescindida.

2. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 169.

3. CALAMANDREI, Piero, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, p. 190.

4. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 169-170.

5. GERHARD WALTER afirma claramente que não é possível calcular matematicamente o valor probatório global de vários meios de prova e, especialmente, do depoimento testemunhal (WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 198-200).

6. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 194-195.

7. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1987, p. 158 e ss.

8. EKELOF, Per Olof. *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, *ZZP*, 75, 1962, p. 289 e ss.

9. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*, cit., p. 160.

10. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*, cit., p. 161.

11. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*, cit., p. 162.

12. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*, cit., p. 162.

13. Cf. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*, cit., p. 164.

14. PATTI, Salvatore. *Prove: Disposizioni generali*, cit., p. 164.

15. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 160.

16. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 165-16

17. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 167; p. 171; p. 173-177

18. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 173.

19. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. p. 173-174.

20. De acordo com WALTER, embora deva ser refutada uma redução geral do módulo da prova no processo civil, isso não exclui que se examine, em certos campos ou em grupos de casos, se razões de direito material ou outros critérios não impõem uma redução do módulo (WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 211).

21. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 240 e ss.

22. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 288.

23. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la Prueba*. p. 172. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, ao analisar a doutrina de WALTER, acentua que “a doutrina e os tribunais alemães tratam com frequência dos casos de dispensa do serviço militar obrigatório, quando o convocado a prestá-lo procura eximir-se alegando razões de consciência”, e que a nossa Constituição prevê situação análoga quando o alistado para prestar o serviço militar alega imperativos de consciência decorrentes de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art. 143, § 1º), para depois indagar: “Como se haverá de avaliar a efetiva existência de algum imperativo de consciência capaz de legitimar a dispensa do serviço militar? Diz WALTER que, igualmente nesse caso, ou se impõe à autoridade uma prova impossível da inexistência do fato psíquico íntimo determinante do alegado ‘imperativo da consciência’, ou ter-se-á de ‘reduzir o módulo de prova’, aceitando as alegações verossímeis do conscrito. Aqui, por força da ‘natureza das coisas’, o grau máximo de certeza equipara-se, como disse o Tribunal Constitucional alemão, a um elevado grau de verossimilhança” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, v. 3, São Paulo, RT, 200, p. 141).

24. WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, cit., p. 210-211.

25. Como será melhor explicado no próximo item, são completamente diversas as razões que justificam os arts. 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), 16 da Lei da Ação Civil Pública e 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor.

26. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 141.

27. “Entretanto, se o prazo não pode ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão que se quer impugnar, porque não se trata de algo que já existia na época da ação, mas de um meio que passou a existir não se sabe quanto tempo após o trânsito em julgado, aparece uma nova questão: é certo deixar que o vencido na ação de investigação de paternidade, seja autor, seja réu, possa rever a sentença a qualquer tempo, sem subordiná-lo a qualquer prazo? Será que a biologia não estaria se sobrepondo à própria necessidade da definição da relação de



filiação, a qual é imprescindível para o surgimento do afeto necessário para a vida entre pai e filho, ou mesmo tornando indefinida a vida das pessoas? Perceba-se que a eterna abertura à discussão da relação de filiação consistiria em algo que sempre estaria a estimular a desconfiança dos envolvidos. Porém, é claro que, mesmo em relação à investigação de paternidade, o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição. Como é óbvio, não se pretende afirmar que a evolução tecnológica não possui importância para a descoberta da relação de filiação. O que se deseja evidenciar é que a eternização da possibilidade da revisão da coisa julgada pode estimular a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações. Seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a imediata intervenção legislativa. Como essa ação possui relação com a evolução da tecnologia, ou melhor, com uma forma de produção de prova impensável na época em que o artigo 485 do CPC passou a reger a ação rescisória, é imprescindível que esse artigo seja alterado para deixar clara a possibilidade do uso da ação rescisória com base em laudo de DNA, bem como o seu prazo. (...) Para aceitar como plausível a alusão à proporcionalidade em face da ação de investigação de paternidade, a contraposição não estaria sendo feita entre o direito à descoberta da relação de filiação e a coisa julgada material em abstrato, mas sim no caso concreto, considerado o surgimento do meio técnico do DNA como capaz de dar nova conformação à decisão transitada em julgado. Porém, não há qualquer possibilidade ou razão para apelo à 'harmonização' quando o que está em jogo é o surgimento de meio técnico capaz de modificar o julgamento. Como já foi dito, se o exame de DNA pode alterar o julgamento que se formou na sentença acobertada pela coisa julgada, o correto é interpretar tal exame como um 'documento novo' que não pôde ser utilizado, mas que é capaz, por si só, de "assegurar um pronunciamento favorável" (art. 485, VII do CPC). O prazo da ação rescisória deve decorrer a partir da ciência da parte a respeito da existência dessa técnica – e não, evidentemente, a partir do trânsito em julgado. Ademais, diante da natureza da prova do momento dessa ciência, caberá ao réu da rescisória demonstrar que o autor teve tal ciência há mais de dois anos. Como se vê, basta somente adequar o conceito de 'documento novo' – desenvolvido em época já distante – à realidade da sociedade contemporânea, isto é, à descoberta do exame de DNA. Ao que se saiba, essa forma de interpretar o texto legal nada mais é do que uma obrigação do intérprete." (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Ed. RT, 2004. 3a. ed., p. 534 e ss)

28. Sobre o tema, ver Antonio Gidi. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 131 e ss; Marcelo Abelha.

Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais, in Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 187 e ss.